

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

3&4/2025

S. 129 – 192

22. Jahrgang

Herausgegeben von
Achim Berg
Marten Bosselmann
Daniela Brönstrup
Wilhelm Eschweiler
Andrees Gentzsch
Barbie Kornelia Haller
Martin Henke
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Jochen Mohr
Klaus Müller
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker
Christian Seyfert
Geschäftsführender
Herausgeber
Christian Koenig
Schriftleitung
Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- | | | |
|---|---|-----|
| ■ | <i>Achim Brötel</i>
„Mehr Licht!“ | 129 |
| ■ | <i>Danielle Herrmann</i>
Das Telekommunikationsrecht im Jahr 2024 | 130 |
| ■ | <i>Christian Hildebrandt</i>
„Settlement Free“-Peering oder „Paid“-Peering? | 142 |
| ■ | <i>Peter Winzer</i>
Wettbewerbsentwicklung im deutschen
Telekommunikationsfestnetzmarkt | 148 |
| ■ | <i>Andreas Neumann</i>
Anmerkung zum Beschluss des BVerfG:
Verfassungsbeschwerde gegen die Rechtsprechung
zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor | 165 |
| ■ | <i>Matthias Kühn</i>
Anmerkung zum Urteil des VG Köln:
Genehmigung von Entgelten
für Postdienstleistungen | 191 |

solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschreitet (vgl. BVerfGE 135, 155 <232 f. Rn. 183>; 147, 364 <381 Rn. 43>; 149, 222 <286 Rn. 142>). Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn das Fachgericht das Vorliegen eines „acte clair“ oder eines „acte éclairé“ willkürlich bejaht (vgl. BVerfGE 135, 155 <233 Rn. 183>; 147, 364 <381 Rn. 43>; 149, 222 <287 Rn. 142>).

- 65 bb) Den sich hieraus ergebenden Darlegungsanforderungen genügt die Verfassungsbeschwerde, die sich auf eine Unvollständigkeit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union hinsichtlich der Anforderungen an die gerichtliche Kontrolldichte aus Art. 41 Abs. 16 Satz 1 und Abs. 17 Gasbinnenmarktrichtlinie und aus Art. 47 GRCh beruft, nicht.
- 66 Beruft sich eine Verfassungsbeschwerde darauf, dass das Fachgericht den ihm im Fall einer Unvollständigkeit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu einer entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts zukommenden Beurteilungsrahmen unvertretbar überschritten habe, hat sie die Unvollständigkeit der Rechtsprechung des Gerichtshofs darzulegen. Hierzu ist im Einzelnen darzulegen, dass für eine in dem vorliegenden Verfahren relevante Auslegungsfrage keine einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs besteht, auf die sich das Fachgericht in seinen Urteilen stützen könnte, oder eine bestehende Rechtsprechung die Frage möglicherweise nicht erschöpfend beantwortet oder eine Fortentwicklung der Rechtsprechung nicht nur als entfernte Möglichkeit erscheint (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 7. Januar 2014 – 1 BvR 2571/12 u. a. –, Rn. 7).
- 67 Nachdem sich auch Art. 41 Abs. 17 Gasbinnenmarktrichtlinie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs aus dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 47 Abs. 1 GRCh ableitet (vgl. EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020, Kommission/Ungarn, C-771/18, ECLI:EU:C:2020:584, Rn. 61; Urteil vom 25. Januar 2024, Global NRG, C-277/22, ECLI:EU:C:2024:78, Rn. 18), hätte sich die Verfassungsbeschwerde mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den sich aus Art. 47 Abs. 1 GRCh ergebenden Anforderungen an die Intensität der Kontrolle nationaler Entscheidungen, die in Anwendung eines Unionsrechtsakts erlassen wurden, durch nationale Gerichte auseinandersetzen müssen (vgl. EuGH, Urteil vom 2. September 2021, Association of Independent Meat Suppliers, C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665, Rn. 74 f.; Urteil vom 26. Juni 2019, Craeynest u. a.,

C-723/17, ECLI:EU:C:2019:533, Rn. 31, 46). Sie setzt sich hiermit aber nicht im Einzelnen auseinander und zeigt nicht auf, inwiefern sich aus Art. 41 Abs. 17 Gasbinnenmarktrichtlinie andere Maßstäbe ergeben könnten, diese Rechtsprechung möglicherweise nicht erschöpfend oder ihre Fortentwicklung mehr als nur entfernte Möglichkeit ist.

Die Verfassungsbeschwerde legt auch eine Unvollständigkeit 68 der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den sich aus Art. 41 Abs. 16 Satz 1 Gasbinnenmarktrichtlinie ergebenden Begründungsanforderungen nicht substantiiert dar. Insoweit setzt sie sich insbesondere nicht mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den aus Art. 47 Abs. 1 GRCh folgenden Begründungsanforderungen an nationale Entscheidungen (vgl. EuGH, Urteil vom 8. Mai 2019, PI, C-230/18, ECLI:EU:C:2019:383, Rn. 78) auseinander. Sie zeigt nicht auf, dass sich aus Art. 41 Abs. 16 Satz 1 der Richtlinie, der ebenfalls ausdrücklich der gerichtlichen Überprüfung dient, andere Maßstäbe ergeben könnten, diese Rechtsprechung möglicherweise nicht erschöpfend oder ihre Fortentwicklung mehr als nur entfernte Möglichkeit ist.

g) Die Verfassungsbeschwerde zeigt nicht substantiiert auf, 69 dass der angegriffene Beschluss darauf beruht, dass der Bundesgerichtshof den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt hat.

3. Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen den ihre Anhörungsrüge 70 zurückweisenden Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 9. Mai 2023 wendet, legt sie ihre Beschwer nicht ausreichend dar. Beschlüsse über die Zurückweisung einer Anhörungsrüge können nur dann selbständig mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden, wenn diese eine gegenüber der Ausgangsentscheidung eigenständige verfassungsrechtliche Beschwer entfalten (vgl. BVerfGE 119, 292 <294 f.>; BVerfGK 13, 496 <498>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 23. Juli 2024 – 2 BvR 79/21 u. a. –, Rn. 3; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 16. September 2022 – 1 BvR 1807/20 –, Rn. 36). Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn der Beschluss über die Anhörungsrüge dazu führt, dass bereits der Zugang zum Anhörungsrügeverfahren verwehrt wird (vgl. BVerfGE 119, 292 <295>; BVerfGK 13, 496 <498>). Keine eigenständige Beschwer liegt hingegen vor, wenn der Beschwerdeführer lediglich die unterbliebene Korrektur und Perpetuierung vorangegangener Grundrechtsverstöße rügt (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 9. Oktober 2024 – 2 BvR 536/24 –, Rn. 55; Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 23. Juli 2024 – 2 BvR 79/21 u. a. –, Rn. 3). Ausgehend hiervon zeigt die Verfassungsbeschwerde eine Beschwer nicht auf.

[...]

Andreas Neumann

Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 3. März 2025 – Az. 1 BvR 1491/23

I. Problem

Die energiewirtschaftsrechtliche Anreizregulierung basiert auf der Vorgabe von Erlösobergrenzen für die Netzbetreiber. Damit sollen Anreize zu einer effizienten Leistungsbereitstellung gesetzt werden, da eine Reduktion der tatsächlich entstehenden Kosten zu einer Steigerung des Unternehmensgewinns als Differenz von Erlösen und Kosten führt. Die Festsetzung dieser Erlösobergrenze richtet sich bislang nach der in Anlage 1 zur ARegV enthaltenen Regulierungsformel. Diese setzt sich aus einer Vielzahl von Berechnungsparametern und -operatoren zusammen. Einer dieser Parameter ist der sog. generelle sektorale Produktivitätsfaktor (Xgen), mit dem die Entwicklung des Verbraucherpreisindex (als einem weiteren Parameter der

Regulierungsformel) aus sektorspezifischer Perspektive korrigiert wird (§ 9 Abs. 1 ARegV).¹ Mit dem generellen sektoralen Produktivitätsfaktor soll, vereinfacht gesprochen, dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich die technische Entwicklung und die Einstandspreisentwicklung in der Energiewirtschaft anders entwickeln können als in der Gesamtwirtschaft, u. a. wegen potentiell überdurchschnittlich hoher Effizienzpotentiale in der lange Zeit monopolistisch strukturierten Energiewirtschaft.² Um die wirtschaftliche Bedeutung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktor zu verdeutlichen, mag

1 Ausführlich zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor *Bourazeri*, N&R 2020, 194.

2 Siehe dazu die Verordnungsbegründung, BR-Drs. 417/07, 37, 48.

es mit dem Hinweis sein Bewenden haben, dass nach Einschätzung der Bundesnetzagentur die Erhöhung dieses Faktors um einen Prozentpunkt zur Folge hat, dass den Netzbetreibern über die fünf Jahre der Regulierungsperiode hinweg ca. 15% weniger des Kostenblocks aus dem Basisjahr (als Grundlage der Erlösobergrenze) zugestanden werden.³

Dementsprechend konfliktträchtig war die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die Bereiche Erdgas⁴ und Elektrizität⁵, die von der Bundesnetzagentur erstmals für die dritte Regulierungsperiode⁶ vorgenommen wurde. Das OLG Düsseldorf wies als Beschwerdegericht zwar einen großen Teil der von Netzbetreiberseite vorgebrachten Kritik zurück, hob die beiden Festlegungen der Bundesnetzagentur aber zunächst auf, da es sie in anderen Punkten für rechtswidrig erachtete.⁷ Der BGH folgte dem Oberlandesgericht jedoch nicht, sondern bestätigte die Festlegungen der Bundesnetzagentur vollumfänglich.⁸ Hieran hielt er auch angesichts der anhaltenden Angriffe von Seiten der Netzbetreiber fest.⁹ Diese machten nicht zuletzt verfassungsrechtliche Bedenken dahingehend geltend, dass die Rechtsprechung des BGH zu einer Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle von behördlichen Entscheidungsfreiräumen führe, die mit dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG und den Wirtschaftsgrundrechten (insbesondere aus Art. 12 Abs. 1 GG) nicht mehr vereinbar sei.¹⁰ Damit rückte einer der absoluten „Klassiker“ des Netzwirtschaftsrechts¹¹ wieder (einmal) in den Vordergrund der aktuellen regulierungsrechtlichen Diskussion. Über die ersten der (u. a.) hierauf gestützten Verfassungsbeschwerden gegen die BGH-Rechtsprechung zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor¹² hat das BVerfG jetzt entschieden.¹³

II. Entscheidung

Das Gericht hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, da die Annahmenvoraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorlägen (hierzu und zum Folgenden Rn. 8). Das BVerfG konnte keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung i. S. v. lit. a der Vorschrift erkennen. Die Annahme sei aber auch nicht i. S. v. lit. b der Bestimmung zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte¹⁴ angezeigt. Hieran fehlt es u. a. bei einer unzulässigen Verfassungsbeschwerde, da dem Beschwerdeführer durch die Verweigerung der Entscheidung über eine solche von vornherein ersichtlich aussichtslose Verfassungsbeschwerde kein besonders schwerer Nachteil entstehen kann, was § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG aber voraussetzt.¹⁵ Von einer derartigen Unzulässigkeit ging das BVerfG hier aus, da die Verfassungsbeschwerde den Begründungsanforderungen aus § 23 Abs. 1 S. 2, § 92 BVerfGG nicht genüge.¹⁶

1. Grundrechtsfähigkeit

Das BVerfG hielt es schon nicht für ausreichend substantiiert begründet, dass sich die Beschwerdeführerin überhaupt auf Art. 19 Abs. 4 GG und/oder die materiellen Grundrechte berufen könne (Rn. 13 ff., 45, sowie Rn. 54 zu Art. 16 GrCh). Entsprechende Darlegungen wären aber geboten gewesen, da über mehrere Ebenen vermittelt rund 70% der Anteile an der Beschwerdeführerin von kommunalen Trägern gehalten werden (Rn. 14).¹⁷ Das Gericht bestätigt damit seine Rechtsprechung zur fehlenden Grundrechtsfähigkeit von gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen, sofern der Staat mehr als 50% der Anteile an diesen juristischen Personen des Privatrechts hält (Rn. 17 m. w. N.). Insoweit komme es auf die eigentumsrechtlichen Mehrheitsverhältnisse und damit auf die Gesamtverantwortung für das jeweilige Unternehmen an, nicht aber auf konkrete Einwirkungsbefugnisse hinsichtlich der

Geschäftsführung, auf deren Beschränkung durch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen sich die Beschwerdeführerin berufen hatte (Rn. 17 f.). Es sei auch nicht dargetan, dass das EU-Recht hier einen weitergehenden persönlichen Schutzbereich der einschlägigen verfassungsrechtlichen Rechtspositionen erfordere (Rn. 19 ff.).

Fehlt es an einer ausreichenden Darlegung der Grundrechtsfähigkeit, wäre der Verfassungsbeschwerde schon deshalb der Erfolg zu versagen gewesen. Erfreulicherweise hat es das BVerfG aber nicht dabei belassen, sondern weitergehende Begründungsmängel gerügt, die sich auf die eigentlich umstrittenen Sachfragen beziehen.

2. Gerichtliche Kontrolle der behördlichen Entscheidung

Der Hauptangriff der Beschwerdeführerin richtete sich gegen die als unzureichend erachtete Kontrolle der behördlichen Entscheidung durch den BGH. Hier stellte das BVerfG zwar zunächst fest, dass es sich bei der Frage, ob anerkannte fachwissenschaftliche Maßstäbe und Methoden existieren, um eine von der jeweiligen Fachwissenschaft zu beantwortende und dem Sachverständigenbeweis zugängliche Tatsachenfrage handelt (Rn. 32). Die Beschwerdeführerin habe aber nicht hinreichend substantiiert dargelegt, dass die Kontrolle der Robustheit und der Fachgerechtigkeit der Berechnungen der Bundesnetzagentur und der von ihr herangezogenen Datengrundlage durch den BGH hinter einer Prüfung am Maßstab des Stands der Wissenschaft i. S. v. § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV zurückgeblieben wäre (Rn. 33). Außerdem konnte das BVerfG anhand der Begründung der Verfassungsbeschwerde nicht erkennen, inwiefern es sich bei der Bewertung der Datengrundlage entgegen der Auffassung des BGH um eine Sachverhalts- bzw. Tatsachenfrage handeln soll (Rn. 33, 50). Eine solche Darlegung dürfte bei ökonomisch-regulatorischen Bewertungen regelmäßig auch nicht möglich sein, da es sich

3 Bundesnetzagentur, Eckpunktepapier „Eckpunkte zur zukünftigen Ausgestaltung des Produktivitätsfaktors“ v. 28.8.2024, S. 7.

4 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.2.2018 – Az. BK4-17-093.

5 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 28.11.2018 – Az. BK4-18-056.

6 Diese umfasste im Erdgasbereich die Jahre 2018 bis 2022 und im Elektrizitätsbereich die Jahre 2019 bis 2023.

7 Zum Erdgassektor u. a. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.12.2019 – Az. VI-3 Kart 787/18 (V); zum Elektrizitätssektor u. a. OLG Düsseldorf, N&R 2022, 158 (Beschl. v. 16.3.2022 – Az. VI-3 Kart 169/19 [V]); siehe auch den Überblick bei Schellberg/van den Heuvel, N&R 2024, 72, 80 Fn. 113.

8 Zum Erdgassektor u. a. BGH, N&R 2021, 174 (Beschl. v. 26.1.2021 – Az. EnVR 7/20) – *Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor*; zum Elektrizitätssektor u. a. BGH, N&R 2023, 228 (Beschl. v. 27.6.2023 – Az. EnVR 22/22) – *Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III*.

9 Siehe den Überblick bei Schellberg/Berg, N&R 2025, 66, 72, sowie Richter, N&R 2024, 141, 141 ff.

10 Richter, N&R 2023, 186; Richter, N&R 2023, 235, 238; Rieger, N&R-Beilage 1/2021, 10.

11 Neumann, N&R 2024, 277; zum früheren Diskussionsstand siehe etwa Attendorf, MMR 2009, 238; Franzius, DVBl 2009, 409; Gärditz, NVwZ 2009, 1005; Ludwigs, JZ 2009, 290; Proelss, AöR 136 (2011), 402.

12 Im konkreten Fall: BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – Az. EnVR 16/20 (zur Rechtsbeschwerde); Beschl. v. 9.5.2023 – Az. EnVR 16/20 (zur Anhörungsrüge).

13 Siehe neben der hier besprochenen Entscheidung auch BVerfG, Beschl. v. 5.3.2025 – Az. 1 BvR 1786/22.

14 Also der Grundrechte und der in Art. 20 Abs. 4, Art. 33, 38, 101, 103 und 104 GG enthaltenen Rechte.

15 BVerfGE 90, 22, 25 f. = Rn. 13 (juris) (Beschl. v. 8.2.1994 – Az. 1 BvR 1693/92) – *Annahmegründe*; vgl. auch BVerfGE 96, 245, 250 = Rn. 13 (juris) (Beschl. v. 9.7.1997 – Az. 2 BvR 1371/96) – *Besonders schwerer Nachteil*.

16 Hinsichtlich des Beschlusses über die Anhörungsrüge konnte das BVerfG der Begründung schon keine eigenständige Beschwer entnehmen, da eine solche nicht vorliege, wenn der Beschwerdeführer lediglich die unterbliebene Korrektur und Perpetuierung vorangegangener Grundrechtsverstöße rügt (Rn. 70).

17 Zu der Problematik bereits Pfeifle, N&R 2012, 179, 185.

zwar möglicherweise um Tatbestandsfragen handelt, nicht aber um (jedenfalls in ihren Auswirkungen) sinnlich wahrnehmbare oder feststellbare Umstände, die als Tatsachen¹⁸ den rechtlich zu bewertenden Sachverhalt formen.

Ausreichende Darlegungen fehlten nach Auffassung des BVerfG auch für die Rüge der Beschwerdeführerin, der zufolge bei der Frage der Robustheit der Berechnungen eine unverhältnismäßige bzw. mit ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbare Ungewissheit hingenommen werde und die bisherige Entwicklung nicht geeignet sei, die künftige Entwicklung mit der fachwissenschaftlich notwendigen Genauigkeit zu prognostizieren. Die Beschwerdeführerin hätte sich hierfür substantiiert mit den einschlägigen Ausführungen des BGH in einer von diesem in Bezug genommenen Entscheidung aus dem Jahr 2021¹⁹ und der Entwicklung auseinandersetzen müssen, die in der streitgegenständlichen Regulierungsperiode zu erwarten war (Rn. 47, 52).

3. Darlegungs- und Beweislast

Ein weiterer Angriff der Beschwerdeführerin bezog sich auf die von ihr als unerfüllbar erachteten Darlegungs- und Beweislasten für die Qualität der Datengrundlage.²⁰ Das BVerfG stellte hierzu klar, dass eine Zuordnung von Darlegungs- und Beweislasten, die es den belasteten Verfahrensbeteiligten faktisch unmöglich macht, diese Lasten zu erfüllen, gegen die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verstößt, die insoweit dem Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG als speziellere Gewährleistung vorgeht (Rn. 27).

Soweit die Beschwerdeführerin geltend machte, es liege ein solcher Fall vor, da sie zur Erfüllung der vom BGH zugrunde gelegten Darlegungs- und Beweislasten Zugang zu den Akten der Bundesnetzagentur zur Plausibilisierung der Daten benötigt hätte (Rn. 36), verwies das BVerfG sie jedoch auf den Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) (und ein diesbezügliches Begründungsdefizit) (Rn. 36 ff., 51). Denn der Verfassungsbeschwerde sei nicht zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin vor dem OLG Düsseldorf die Beiziehung dieser (ggf. um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu schwärzenden, Rn. 41) „Plausibilisierungsakten“ beantragt oder sonst auf deren Beiziehung hingewirkt habe, ohne dass die offensichtliche Aussichtslosigkeit eines solchen Vorgehens erkennbar gewesen sei (Rn. 39). Zwar habe das Oberlandesgericht dem Neubeschreibungsbegehren aus anderen Gründen stattgegeben, so dass die Beiziehung ex post betrachtet nicht entscheidungserheblich gewesen wäre (hierzu und zum Folgenden Rn. 40). Das lasse aber noch nicht erkennen, dass ein Beiziehungsbegehren auch in einer früheren Phase des Beschwerdeverfahrens von vornherein offensichtlich aussichtslos gewesen wäre.

Diese sehr extensive Handhabung des Subsidiaritätserfordernisses wird die Netzbetreiber in der Praxis dazu anhalten, in großem Umfang und zu einem frühen Zeitpunkt die Beiziehung von Verwaltungsakten zu beantragen oder bereits bei der Bundesnetzagentur Akteneinsicht zu begehren. Das verdeutlicht die erhebliche Relevanz, die den aktuell in diesem Zusammenhang geführten Rechtsstreitigkeiten²¹ zukommt.

4. Gesetzlicher Richter

Zu guter Letzt hat die Beschwerdeführerin auch eine Entziehung des gesetzlichen Richters unter Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG geltend gemacht, da der BGH mit verschiedenen Bewertungen in Bezug auf Tatsachenfragen (dazu Rn. 59 f.) die ihm als Rechtsbeschwerdegericht durch § 88 Abs. 2 und 4 EnWG gezogenen Grenzen überschritten habe (Rn. 55). Auch insoweit ist die Verfassungsbeschwerde nach Einschätzung

des BVerfG aber nicht hinreichend begründet, da sie nicht substantiiert aufzeige, dass der BGH damit nicht lediglich in rechtlicher Hinsicht die Einhaltung der Grenzen der regulierungsbehördlichen Letztentscheidungsbefugnis nachgeprüft, sondern willkürlich ohne eine gebotene Zurückverweisung dem Tatrichter vorbehaltene Feststellungen getroffen habe (Rn. 59 f.).²² Damit ist im Kern die Frage angesprochen, aber nicht verallgemeinerungsfähig beantwortet, in welchem Umfang und auf welche Weise die Einhaltung behördlicher Einschätzungsprärogativen bei einer bloßen Rechtskontrolle (durch BGH oder BVerwG) überprüft werden kann.

Ausgehend von dem im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde zurückgenommenen Prüfungsmaßstab (Rn. 63 f.) konnte das BVerfG auch keine ausreichende Darlegung hinsichtlich einer etwaigen Entziehung des gesetzlichen Richters durch den Verzicht auf eine Vorlage an den EuGH erkennen (Rn. 65 ff.). Insbesondere hätte sich die Beschwerdeführerin mit der Rechtsprechung des EuGH zu den Anforderungen an die gerichtliche Kontrolle, die sich aus der Gewährleistung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art. 47 Abs. 1 GrCh ergeben, auseinandersetzen und aufzeigen müssen, inwieweit sich aus der in Art. 41 Abs. 17 der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG vorgesehenen Notwendigkeit einer Beschwerdemöglichkeit andere Maßstäbe ergeben könnten, diese Rechtsprechung möglicherweise nicht erschöpfend oder ihre Fortentwicklung mehr als nur eine entfernte Möglichkeit ist (Rn. 67). Entsprechendes gelte in Bezug auf die Begründungsanforderungen, die sich aus Art. 47 Abs. 1 GrCh und Art. 41 Abs. 16 der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG ergeben (Rn. 68).

III. Praxisfolgen

Der für die dritte Regulierungsperiode festgelegte Produktivitätsfaktor für den Erdgassektor dürfte mit der nun vorliegenden Entscheidung des BVerfG jetzt endgültig Bestand haben (auch wenn der Erfolg einer später eingelegten Verfassungsbeschwerde noch als theoretische Möglichkeit verbleibt und natürlich auch etwaige Verfassungsbeschwerden in Bezug auf den Produktivitätsfaktor für den Elektrizitätsbereich nicht präjudiziert sind). Offen bleibt bis auf weiteres, inwieweit auch die gerichtliche Auseinandersetzung um die Produktivitätsfaktoren für die vierte Regulierungsperiode entsprechend verfassungsrechtlich aufgeladen sein wird, da die entsprechenden Festsetzungen erst vor kurzem ergangen sind.²³ Für künftige Regulierungsperioden soll (neben vielen anderen Regulierungselementen) der generelle sektorale Produktivitätsfaktor schließlich regulatorisch fortentwickelt werden,²⁴ was sich ggf. auch auf seine weitere verfassungsrechtliche Bewertung auswirken kann.

18 Peters, in: Peters/Kukk/Ritgen, Der Beweis im Verwaltungsrecht, 2019, A Rn. 49 ff. (S. 16).

19 BGH, N&R 2021, 174 (Beschl. v. 26.1.2021 – Az. EnVR 7/20) – *Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor*.

20 Siehe auch Richter, N&R 2023, 186, 190.

21 Siehe dazu unlängst OLG Düsseldorf, ZNER 2025, 51 (Beschl. v. 31.10.2024 – Az. VI-3 Kart 540/24), und überblicksartig Schellberg/Berg, N&R 2025, 66, 72.

22 Z.T. verneint das BVerfG hier auch hinreichende Darlegungen zur Entscheidungserheblichkeit des geltend gemachten Verstoßes (Rn. 61).

23 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 9.5.2025 – Az. BK4-22-085 (für den Erdgassektor); Beschl. v. 20.12.2024 – Az. BK4-24-028 (für den Elektrizitätssektor). Der Beschlussdatenbank der Bundesnetzagentur zufolge sind zum Zeitpunkt des Manuskriptschlusses Anfang Juni 2025 zu dem Beschluss für den Elektrizitätssektor drei Verfahren vor dem OLG Düsseldorf (zu den Az. VI-3 Kart 82/25 [V], VI-3 Kart 101/25 [V] und VI-3 Kart 102/25 [V]) anhängig.

24 Siehe dazu Bundesnetzagentur (Fn. 3); zu einem weitergehenden Ansatz siehe auch Richter, N&R 2024, 141, 143 f.

Für die eigentliche Frage nach Umfang und Grenzen der gerichtlichen Kontrolle regulierungsbehördlicher Entscheidungen hat das BVerfG der Beschwerdeführerin und allen anderen Regulierungsbeteiligten zwar nicht unbedingt Steine, aber zumindest steinhartes Brot gegeben. Diese Zurückhaltung ist sicherlich prozessrechtlich jedenfalls in Bezug auf § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG²⁵ ohne weiteres nachvollziehbar, aus praktischer und wissenschaftlicher Sicht aber auch durchaus bedauerlich. In seiner Entscheidung zu behördlichen Einschätzungsprärogativen im Telekommunikationsrecht aus dem Jahr 2011 hat sich das Gericht demgegenüber in der Sache geäußert²⁶ und eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG verneint: Der dort in Rede stehende behördliche Entscheidungsspielraum ergebe sich aus einer verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung des Fachrechts und sei durch hinreichend tragfähige Sachgründe legitimiert, weil die Notwendigkeit wertender und prognostischer Elemente einer umfassenden Einstufung als „richtig“ oder „falsch“ entgegenstehe und eine gerichtliche Vollkontrolle damit erkennbar erschwere.²⁷

Mit dem vorliegenden Beschluss ist das BVerfG demgegenüber einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit der reichhaltigen Kritik an der Zuerkennung und Handhabung behördlicher Entscheidungsspielräume durch den BGH vollständig aus dem Weg gegangen. Zwar war die Sorge vor substantiellen Rechtsschutzdefiziten schon immer schwer nachvollziehbar, da gerade BVerwG und BGH die Ausübung der von ihnen anerkannten Entscheidungsspielräume regelmäßig einer umfassenden Überprüfung auf Einhaltung der hierfür gezogenen rechtlichen Grenzen unterziehen.²⁸ Angesichts des jetzigen Verzichts auf klarstellende (oder klärende) Worte durch das BVerfG wird die dogmatische Kritik aber voraussichtlich nicht verstummen, mit den damit einhergehenden Belastungen für die prozessualen Auseinandersetzungen um die Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur.²⁹

Interessant ist allerdings, was dem Nichtannahmebeschluss möglicherweise zwischen den Zeilen – im Rahmen des kaffeesatzleserisch Möglichen – entnommen werden kann.

Zum einen weist das BVerfG darauf hin, dass nicht ersichtlich sei, warum im konkreten Fall von Verfassungen wegen einer gerichtlichen Abwägungskontrolle wie bei behördlichen Planungsentscheidungen geboten sein sollte (Rn. 35). Eine solche Abwägungskontrolle nimmt aber gerade das BVerwG im Bereich des Telekommunikationsrechts³⁰ regelmäßig vor. Als Begründung verweist das BVerwG auf die Notwendigkeit einer verschiedenen Regulierungsziele und -belange austarierenden Abwägung.³¹ Diese werde dann erforderlich, wenn die Bundesnetzagentur – ähnlich wie bei einer Planungsentscheidung – gestaltende Aufgaben wahrnimmt, deren Ergebnis weitgehend frei ist von festen normativen Vorgaben und eine prognostische Beurteilung darüber voraussetzt, wie die unterschiedlichen Ziele der Regulierung unter Berücksichtigung aller abwägungserheblichen öffentlichen und privaten Belange bestmöglich zu erreichen sind.³² Unlängst hat das BVerwG eine entsprechende Kontrolle auch jenseits des Bereichs tatbestandlicher Beurteilungsspielräume und des (auf die Tatbestandsebene übergreifenden) Regulierungsermessens auf Ebene eines (nicht auf Tatbestandsseite, sondern auf Rechtsfolgenseite angesiedelten) Ausgestaltungsspielraums für notwendig erachtet.³³ Die nun geäußerte Zurückhaltung des BVerfG in Bezug auf die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer gerichtlichen Abwägungskontrolle jenseits planungsrechtlicher Entscheidungen könnte hier für eine gewisse Neujustierung sprechen, jedenfalls für die Bereiche, in denen die Fachgerichte selbst von Beurteilungs- und Ausgestaltungsspielräumen jenseits eines besonderen Regulierungsermessens ausgehen. Rein grundsätzlich wäre aber

vielleicht auch die Diskussion um eine Vereinheitlichung der Prüfungsmaßstäbe im Bereich behördlicher Einschätzungsprärogativen zu intensivieren, da angesichts der ähnlichen Strukturmerkmale dieser Spielräume der Rückgriff auf abweichende Kontrollmaßstäbe nicht per se zwingend erscheint und diese sich ohnehin eher verbal als in der Sache unterscheiden.³⁴ Das BVerfG selbst verweist insoweit hinsichtlich behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse in Form von Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräumen auf eine Kontrolle in Bezug auf (1.) Verfahrensfehler, (2.) die Verknennung anzuwendenden Rechts, (3.) die Zugrundelegung eines unrichtigen oder nicht hinreichend tiefgehend aufgeklärten Sachverhalts, (4.) die Verletzung allgemeingültiger Bewertungsmaßstäbe und (5.) die Orientierung an sachfremden Erwägungen (Rn. 32).

Und zum anderen erinnert das Gericht die Beschwerdeführerin ausdrücklich daran, dass es im Zusammenhang mit behördlichen Letztentscheidungsbefugnissen Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG bislang keine qualifizierten Begründungsanforderungen entnommen hat (Rn. 34). Damit ist die mittlerweile ständige Rechtsprechung der Fachgerichte angesprochen, die in zunehmendem Umfang die Notwendigkeit einer plausiblen und erschöpfenden Argumentation als zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes³⁵ erforderliche Grundlage für die gerichtliche Überprüfung regulatorischer Entscheidungen mit behördlicher

25 Hinsichtlich der Frage einer grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedeutung i. S. v. § 93a Abs. 2 lit. a BVerfGG wäre zwar auch eine abweichende Einschätzung denkbar gewesen (wie vorliegend aber auch schon zum Telekommunikationssektor BVerfG, Beschl. v. 8.12.2011 – Az. 1 BvR 1932/08, Rn. 13 [bverfg.de]). An der festgestellten Unzulässigkeit der Beschwerde hätte eine hierauf gestützte Annahme zur Entscheidung allerdings wohl auch nichts geändert.

26 Anders dann bei einer Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung im Eilrechtsschutzverfahren, bei der das BVerfG – überzeugend – auf die Notwendigkeit einer vorherigen Klärung im Hauptsacheverfahren verwies, BVerfG, Beschl. v. 19.12.2016 – Az. 1 BvR 1221/12, Rn. 9 ff. (juris).

27 BVerfG, Beschl. v. 8.12.2011 – Az. 1 BvR 1932/08, Rn. 27 ff. (bverfg.de); sehr knapp demgegenüber noch BVerwG, Beschl. v. 27.5.2008 – Az. 1 BvR 478/08, Rn. 2.

28 Vgl. allgemein BVerfG, Beschl. v. 8.12.2011 – Az. 1 BvR 1932/08, Rn. 40, 42 f. (bverfg.de); siehe auch Neumann, N&R 2024, 277.

29 Siehe zur Hoffnung auf eine zeitnahe Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen Richter, N&R 2024, 141, 143; ebenso Richter, N&R 2023, 186, 187.

30 Zum Energierecht siehe entsprechend z. B. BGH, ZNER 2022, 605, 609 f. Rn. 37 (Beschl. v. 5.7.2022 – Az. EnVR 77/20) – REGENT; N&R 2021, 174, 186 Rn. 157 (Beschl. v. 26.1.2021 – Az. EnVR 7/20) – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor; ZNER 2016, 406, 408 Rn. 25 (Beschl. v. 7.6.2016 – Az. EnVR 62/14) – Festlegung volatiler Kosten.

31 Für einen Beurteilungsspielraum: BVerwG, N&R 2023, 251, 254 Rn. 33 (Urt. v. 29.3.2023 – Az. 6 C 21.21); Buchholz 442.066 § 55 TKG Nr. 13 Rn. 34 (Urt. v. 24.6.2020 – Az. 6 C 3.19); N&R 2017, 251, 255 Rn. 32 (Urt. v. 29.3.2017 – Az. 6 C 1.16); 44, 46 Rn. 24 (Urt. v. 17.8.2016 – Az. 6 C 50.15); für ein Regulierungsermessens: BVerwG, N&R 2019, 113, 116 Rn. 45 (Urt. v. 21.9.2018 – Az. 6 C 8.17); 97, 101 f. Rn. 43 (Urt. v. 21.9.2018 – Az. 6 C 50.16); 2012, 102, 104 Rn. 25 (Urt. v. 14.12.2011 – Az. 6 C 36.10); Buchholz 442.066 § 21 TKG Nr. 1 Rn. 16 (Urt. v. 27.1.2010 – Az. 6 C 22.08); § 10 TKG Nr. 1 Rn. 47 (Urt. v. 2.4.2008 – Az. 6 C 15.07).

32 BVerwG, N&R 2015, 173, 177 Rn. 41 (Beschl. v. 10.12.2014 – Az. 6 C 16.13); 2008, 87, 90 (Urt. v. 28.11.2007 – Az. 6 C 42.06).

33 BVerwG, Buchholz 442.066 § 61 TKG Nr. 4 Rn. 56 (Urt. v. 20.10.2021 – Az. 6 C 8.20); eine entsprechende Prüfungsanforderung bestenfalls andeutend noch BVerwG, Buchholz 442.066 § 61 TKG Nr. 1 Rn. 15 f., 47 (Urt. v. 22.6.2011 – Az. 6 C 40.10); § 55 TKG Nr. 5 Rn. 37 f. (Urt. v. 23.3.2011 – Az. 6 C 6.10).

34 Vgl. BVerwG, N&R 2012, 30, 32 f. Rn. 38 (Urt. v. 23.11.2011 – Az. 6 C 11.10); BGH, ZNER 2014, 469, 471 Rn. 24 (Beschl. v. 22.7.2014 – Az. EnVR 59/12) – Stromnetz Berlin GmbH; a. A. wohl Richter, N&R 2023, 186, 187 f.

35 BVerwG, N&R 2014, 46, 51 Rn. 39 (Urt. v. 25.9.2013 – Az. 6 C 13.12); BGH, N&R 2023, 302, 303 Rn. 12 (Beschl. v. 26.9.2023 – Az. EnVR 43/22) – Effizienzvergleich II.

Einschätzungsprärogative sieht.³⁶ Ursprünglich wurde das „wegen der besonderen Nähe zum Regulierungsermessen“ für notwendig erachtet,³⁷ obwohl ausgerechnet das BVerwG die Anforderung einer erschöpfenden und plausiblen Argumentation im Gegensatz etwa zum BGH³⁸ im Zusammenhang mit der Kontrolle der Ausübung eines Regulierungsermessens bisher, soweit ersichtlich, jedenfalls nicht ausdrücklich formuliert hat. Auch wenn die Gerichte dieses Erfordernis bisher mit dem gebotenen Augenmaß gehandhabt haben,³⁹ birgt es in seiner abstrakten Formulierung die Gefahr überspannter Begründungsanforderungen mit daraus resultierenden Verzögerungseffekten ohne echten Rechtsschutzgewinn. Die vorliegende Entscheidung des BVerfG könnte daher Anlass sein, hier einen regulierungsrechtlichen Sonderweg⁴⁰ wieder zu verlassen und auf das Feld des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts zurückzukehren.⁴¹

- 36 BVerwG, NzR 2023, 251, 254 Rn. 33 (Urt. v. 29.3.2023 – Az. 6 C 21.21); Buchholz 442.066 § 61 TKG Nr. 4 Rn. 56 (Urt. v. 20.10.2021 – Az. 6 C 8.20); § 55 TKG Nr. 13 Rn. 34 (Urt. v. 24.6.2020 – Az. 6 C 3.19); NzR 2017, 251, 255 Rn. 32 (Urt. v. 29.3.2017 – Az. 6 C 1.16); 44, 46 Rn. 24 (Urt. v. 17.8.2016 – Az. 6 C 50.15); 2015, 173, 177 Rn. 43 (Beschl. v. 10.12.2014 – Az. 6 C 16.13); 2014, 46, 50 f. Rn. 36 (Urt. v. 25.9.2013 – Az. 6 C 13.12); 2012, 30, 33 Rn. 38 (Urt. v. 23.11.2011 – Az. 6 C 11.10); BGH, Beschl. v. 25.2.2025 – Az. EnVR 93/23, Rn. 50 – *Eigenkapitalzinssatz VI*; Beschl. v. 30.1.2024 – Az. EnVR 32/22, Rn. 38 – *Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor IV*; NzR 2023, 302, 303 Rn. 12 (Beschl. v. 26.9.2023 – Az. EnVR 43/22) – *Effizienzvergleich II*; Beschl. v. 12.6.2018 – Az. EnVR 29/16, Rn. 34; ZNER 2016, 406, 409 Rn. 42 (Beschl. v. 7.6.2016 – Az. EnVR 62/14) – *Festlegung volatiler Kosten*; 2014, 469, 472 Rn. 29 (Beschl. v. 22.7.2014 – Az. EnVR 59/12) – *Stromnetz Berlin GmbH*.
- 37 Siehe BVerwG, NzR 2014, 46, 50 f. Rn. 36 (Urt. v. 25.9.2013 – Az. 6 C 13.12); vgl. auch BVerwG, NzR 2012, 30, 33 Rn. 38 (Urt. v. 23.11.2011 – Az. 6 C 11.10).
- 38 Siehe etwa BGH, NzR 2023, 302, 304 Rn. 19 i. V. m. Rn. 12 (Beschl. v. 26.9.2023 – Az. EnVR 43/22) – *Effizienzvergleich II*; vgl. auch VG Köln, NzR 2024, 52, 54 (Urt. v. 25.10.2023 – Az. 21 K 3887/20).
- 39 Etwa indem sie die Bezugnahme auf Ausführungen in anderen (zugänglichen) Dokumenten für zulässig erachtet haben, siehe z. B. BVerwG, NzR 2017, 44, 47 Rn. 28 (Urt. v. 17.8.2016 – Az. 6 C 50.15), und das Argumentationserfordernis auf solche Belange beschränkt haben, deren abwägungsbeachtliche Betroffenheit für die Bundesnetzagentur erkennbar war, siehe z. B. BVerwG, NzR 2017, 44, 46 Rn. 39 (Urt. v. 17.8.2016 – Az. 6 C 50.15); 2014, 46, 52 Rn. 43 (Urt. v. 25.9.2013 – Az. 6 C 13.12); BGH, Beschl. v. 25.2.2025 – Az. EnVR 93/23, Rn. 50 – *Eigenkapitalzinssatz VI*.
- 40 Dieser beruht bemerkenswerterweise auf einem Präjudiz, in dem das BVerwG gerade nicht die Erforderlichkeit einer *erschöpfenden* Argumentation, sondern die bloße Notwendigkeit einer widerspruchsfreien und plausiblen Argumentation betont hatte, siehe BVerwG, Buchholz 442.066 § 55 TKG Nr. 5 Rn. 38 (Urt. v. 23.3.2011 – Az. 6 C 6.10), und hierauf Bezug nehmend BVerwG, NzR 2012, 30, 33 Rn. 38 (Urt. v. 23.11.2011 – Az. 6 C 11.10).
- 41 A. A. Mohr, NzR-Beilage 1/2020, 1, 19.

Batteriespeicher als Erzeugungsanlage

BGH, Beschl. v. 26.11.2024 – Az. EnVR 17/22
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.2.2022 – Az. VI-3
Kart 37/21 [V])

§§ 3, 31, 118 EnWG, § 17 GVG, § 261 ZPO, § 18 StromNEV,
§§ 2, 6 StromNZV

EnWG § 3 Nr. 11, 15d, 18d, § 31 Abs. 1, § 118 Abs. 6;
StromNEV § 18

a) Der Zulässigkeit eines besonderen Missbrauchsverfahrens steht nicht entgegen, dass mit ihm die Erfolgsaussichten in einem laufenden Zivilverfahren verbessert werden sollen (Fortführung von BGH, Beschluss vom 17. Juli 2018 – EnVR 12/17, RdE 2018, 531 Rn. 19).

b) Stromspeicher, die dem Netz elektrische Energie entnehmen, zur Speicherung in eine andere Energieform umwandeln und diese zu einem späteren Zeitpunkt wieder in elektrische Energie rückumwandeln und in das Netz einspeisen, sind Erzeugungsanlagen im Sinn von § 18 Abs. 1 Satz 1 StromNEV.

c) Auch Stromspeicher, die nur zur Erbringung von Regelenergie genutzt werden, sind, wenn sie allein an ein Verteilernetz angeschlossen sind, dezentrale Erzeugungsanlagen im Sinn von § 3 Nr. 11 EnWG, § 18 Abs. 1 Satz 1 StromNEV.

Die Antragstellerin betrieb seit dem 24. April 2015 bis zu seiner brandbedingten Zerstörung spätestens am 18. Juli 2021 einen Lithium-Ionen-Batteriespeicher mit einer Kapazität von fünf Megawatt (MW), der auf der Mittelspannungsebene an das von der Betroffenen betriebene Verteilernetz angeschlossen war und dessen Wiederinbetriebnahme sie beabsichtigt. Der Batteriespeicher wurde für die Erbringung von Primärregelleistung genutzt. Er funktionierte dergestalt, dass er elektrische Energie aus dem Netz der Betroffenen sowohl entnahm als auch in dieses einspeiste. Die entnommene elektrische Energie wandelte er zur Speicherung in chemische Energie und für die Einspeisung wieder in elektrische Energie um. Für die Entnahmen ist die Antragstellerin gemäß § 118 Abs. 6 S. 1 EnWG bis zum Kalenderjahr 2035 von der Zahlung von Netzentgelten befreit. Die Betroffene weigert sich, der Antragstellerin für die dezentrale Einspeisung ein Entgelt nach § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV (sog. vermiedene Netzentgelte) zu zahlen. Nachdem die Antragstellerin in einem zivilgerichtlichen Rechtsstreit gegenüber der Betroffenen die Aufrechnung mit behaupteten Ansprüchen aus § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV erklärt hatte, hat die Antragstellerin bei der Bundesnetzagentur die Durchführung eines besonderen Missbrauchsverfahrens beantragt. Die Bundesnetzagentur hat daraufhin mit Beschluss vom 18. Dezember 2020 (Az. BK8-20/10465-M1) festgestellt, dass das Verhalten der Betroffenen, der Antragstellerin keine Vergütung nach § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV für die dezentrale Einspeisung des Batteriespeichers zu zahlen, missbräuchlich und diese zur Zahlung eines Entgelts nach § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV an die Antragstellerin verpflichtet ist. Mit Beschluss vom 2. Februar 2022 hat das OLG Düsseldorf die gegen diesen Beschluss gerichtete Beschwerde der Betroffenen zurückgewiesen. Dagegen wendet sie sich mit ihrer Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen

B. Die zulässige Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. 6

I. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, der Missbrauchsantrag sei zulässig, da die fortgesetzte Weigerung der Betroffenen, der Antragstellerin ein Entgelt nach § 18 Abs. 1 Satz 1 StromNEV zu zahlen, diese rechtlich und wirtschaftlich gegenwärtig in erheblicher Weise betreffe. [...]

Der Antrag sei auch begründet. Das Verhalten der Betroffenen sei missbräuchlich im Sinn des § 31 Abs. 1 Satz 1, 2 EnWG. [...]

II. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde 9 im Ergebnis stand.

1. Das Beschwerdegericht hat zu Recht die formelle Rechtmäßigkeit der angefochtenen Missbrauchsverfügung, für deren Erlass die Bundesnetzagentur nach § 54 Abs. 1 Halbsatz 1 EnWG zuständig war, nicht beanstandet. Auf eine fehlende Antragsbefugnis der Antragstellerin gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 EnWG kann sich die Betroffene nicht berufen (dazu nachfolgend a). Das besondere Missbrauchsverfahren ist auch nicht wegen der im Zivilverfahren erklärten Aufrechnung unzulässig (dazu nachfolgend b).

a) Nach § 31 Abs. 1 Satz 1 EnWG können Personen, deren Interessen durch das Verhalten eines Netzbetreibers erheblich berührt werden, bei der Regulierungsbehörde einen Antrag auf Überprüfung dieses Verhaltens stellen. Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, dient die Beschränkung der Antragsbefugnis auf Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch das Verhalten erheblich berührt werden, nicht dem Schutz des Netzbetreibers, gegen den sich das besondere Missbrauchsverfahren richten soll (BGH, Beschluss vom 14. April 2015 – EnVR 45/13, RdE 2015, 410 Rn. 15, 19 [= NzR 2015, 236, 236 f.] – Zuhause-Kraftwerk). Dies hat zur Folge, dass sich der von einer Missbrauchsverfügung betroffene Netzbetreiber im gerichtlichen Verfahren mangels materieller Beschwer nicht darauf berufen kann, dass es dem Antragsteller an der Antragsbefugnis zur Einleitung des besonderen Missbrauchsverfahrens gefehlt habe (BGH, a. a. O., Rn. 16 bis 18 [= NzR 2015, 236, 237] – Zuhause-Kraftwerk).